

LA COMBINAISON DU RECOURS ADMINISTRATIF ET DU RECOURS CONTENTIEUX

*Mcf. Dr. Marie-Thérèse VIEL**

L'administration dispose de la possibilité de retirer ses actes, c'est-à-dire de les faire disparaître rétroactivement. Un administré mécontent d'une décision peut demander à l'administration d'opérer un retrait de son acte, mais il peut aussi attaquer en justice la décision par un recours pour excès de pouvoir pour obtenir son annulation. L'administré qui tente d'abord un recours administratif préalable auprès de l'administration peut ensuite, en cas d'échec, effectuer un recours contentieux car les règles concernant les délais du recours contentieux sont alors assouplies.

Nous examinerons successivement les règles de retrait, celles des recours administratifs et enfin celles des délais de recours contentieux. Nous présenterons ensuite un arrêt du Conseil d'Etat qui décide qu'un recours administratif peut être utile alors même que l'administration ne peut plus retirer son acte! (M. T. VIEL, "Le recours administratif, passé le délai de retrait", *Droit Administratif*, n.7, Juillet 2011, s. 31 vd.).

I. Le retrait des actes administratifs

Le retrait est l'annulation d'un acte par l'administration. Ce retrait peut être décidé par l'administration, mais il peut aussi être demandé par un administré par la voie d'un recours administratif. Le retrait a un effet rétroactif, la décision est censée n'être jamais intervenue. Le régime du retrait diffère selon que l'acte crée ou non des droits.

* Université Montesquieu- Bordeaux IV Faculté de droit - Département de droit administratif

A. Le retrait des actes non créateurs de droits

1. La règle

Les décisions qui n'ont pas créé de droits, même pour les tiers, qu'il s'agisse ou non de règlements, qu'elles soient ou non légales peuvent à tout moment être retirées. Mais s'il s'agit de règlements, ils ne peuvent être retirés que tant qu'ils ne sont pas à l'abri d'une annulation juridictionnelle, tant qu'ils ne sont pas définitifs.

2. La détermination des actes non créateurs de droits

Les règlements ne sont pas des actes créateurs de droits puisque personne n'a droit à leur maintien. Les actes individuels peuvent être créateurs de droits ex: permis de construire, titularisation d'un fonctionnaire... Il faut faire attention au fait qu'une décision peut créer des droits non pour son destinataire, à qui elle est défavorable, mais pour un tiers ex : retrait d'un permis de construire.

Certaines décisions sont insusceptibles de créer des droits (qu'elles soient favorables ou défavorables) : les décisions qui accordent des autorisations précaires, ex : occupation du domaine public ; les décisions d'espèce; les décisions reconnaissives c'est-à-dire les décisions pour lesquelles l'administration n'a pas de pouvoir d'appréciation (ex : attestations, ou décisions pécuniaires qui se bornent à liquider une créance née d'une décision antérieure) ; les actes inexistantes ; les actes obtenus par fraude ; les décisions de refus (s'ils ne créent pas de droits pour les tiers); les décisions conditionnelles quand les conditions ne sont pas remplies.

B. Le retrait des actes créateurs de droits

La question des décisions créatrices de droits, qui ne peuvent qu'être des actes individuels, est plus délicate. Il faut distinguer selon que les décisions sont régulières ou pas.

1. Les décisions régulières

Les décisions qui sont légales ne peuvent pas être retirées en raison de l'intangibilité des effets des décisions créatrices de droits (exception si c'est le bénéficiaire qui le demande et qu'il n'y a pas atteinte aux droits des tiers; exception aussi si la loi le permet, par exemple loi 12 avril 2000: sur recours administratif préalable obligatoire le retrait est possible)

2. Les décisions irrégulières

a. Les décisions expresses

Le régime du retrait des décisions expresses créatrices de droits illégaux a été fixé par un arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat du 26 octobre 2001 Ternon: "sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision". Mais pour les autorisations d'urbanisme, la loi fixe un délai de 3 mois.

Mais quand existe l'obligation de faire un recours administratif préalable (RAPO) avant tout recours contentieux, l'autorité administrative qui a pris la décision initiale peut la retirer d'office si elle est illégale tant que l'autorité chargée de statuer sur le recours administratif préalable obligatoire ne s'est pas prononcée.

b. Les décisions implicites

Cette fois c'est la loi qui a fixé le régime de retrait des décisions implicites d'acceptation illégales ex: retrait d'un permis de construire tacite illégal. L'article 23 de la loi du 12 avril 2000 dispose que le retrait est possible :

1. pendant le délai de recours contentieux lorsque des mesures d'information des tiers ont été prises ex: permis de construire peut être obtenu tacitement mais la décision tacite est affichée.

2. pendant le délai de 2 mois à compter de la date de la décision quand aucune mesure d'information des tiers n'a été prise

3. pendant la durée de l'instance en cas de recours contentieux, qu'il y ait eu ou non des mesures d'information.

Là encore, quand existe l'obligation de faire un recours administratif préalable, l'autorité administrative qui a pris la décision initiale peut la retirer d'office si elle est illégale tant que l'autorité chargée de statuer sur le recours administratif préalable obligatoire ne s'est pas prononcée.

II. Les recours administratifs

Ils tendent à obtenir le retrait ou la modification de l'acte contesté. Ils n'obéissent à aucun formalisme. Ils peuvent être gracieux si le recours est fait auprès de l'autorité qui a pris l'acte, ou hiérarchique si le recours est exercé auprès de l'autorité hiérarchique.

L'intérêt du recours administratif est de tenter d'éviter l'action en justice et l'engorgement des tribunaux. C'est pourquoi des textes sont intervenus pour rendre parfois obligatoire un RAPO (recours administratif préalable obligatoire).

III. Les règles des délais de recours contentieux

Le recours contre les décisions doit être fait dans les deux mois (c'est tout au moins le délai de droit commun, dans certains cas le délai est plus long ou plus court).

Pour les décisions réglementaires et d'espèce, le délai court à compter de la publication ou de l'affichage. Pour les décisions individuelles, le délai est déclenché, à l'égard des tiers par la publication ou l'affichage, et à l'égard du destinataire par la notification à condition que la notification mentionne l'existence et la durée du délai ainsi que les recours juridictionnels possibles (R 421.5 CJA).

L'administration doit accuser réception des demandes qui lui sont adressées et indiquer comment faire éventuellement un recours contre la décision à venir, qu'elle soit tacite ou expresse, en précisant les voies de

recours et leurs délais (loi 12 avril 2000). A défaut d'un tel accusé de réception, le délai de recours contentieux n'est pas opposable au demandeur. Cependant si l'administration prend une décision expresse avant l'expiration du délai qui aurait fait naître une décision tacite, le délai de recours contentieux est opposable au demandeur même si les obligations concernant l'accusé de réception n'ont pas été remplies.

Le délai de recours est prorogé par l'exercice d'un recours administratif gracieux ou hiérarchique exercé dans le délai de 2 mois. Le délai est interrompu et reprend son cours pour toute sa durée (2 mois), à compter de la décision expresse ou implicite provoquée par le recours administratif.

Le délai ne peut être prorogé qu'une fois.

Si l'administration prend une décision tacite (généralement deux mois de silence sur la demande vaut refus tacite), puis une décision expresse dans les 2 mois qui suivent la décision tacite, le délai de deux mois court à partir de la décision expresse se prononçant sur la réclamation.

Une décision confirmative ne fait pas renaître le délai de recours.

II Lustration d'un Commentaire d'arrêt

Dans l'affaire qui suit, le Conseil d'Etat décide qu'un recours administratif contre un acte créateur de droits proroge le délai du recours contentieux même si le délai de retrait est expiré.

CE, 5 mai 2011, Ministre d'Etat, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer, en charge des technologies vertes et des négociations sur le climat, n° 336893, sera publié au Lebon.

«Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales : Le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administratif les actes (...) qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission ; qu'aux termes du second alinéa de l'article L. 424-5 du code de l'urbanisme, dans sa rédaction issue de l'article 6 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement : Le permis de construire, d'aménager ou de démolir, tacite ou explicite, ne peut être retiré que s'il est

illégal et dans le délai de trois mois suivant la date de cette décision. Passé ce délai, le permis ne peut être retiré que sur demande explicite de son bénéficiaire ; qu'en outre, un acte administratif obtenu par fraude ne créant pas de droits, il peut être abrogé ou retiré par l'autorité compétente pour le prendre, alors même que le délai qui lui est normalement imparti à cette fin serait expiré;

Considérant que sauf dans le cas où des dispositions législatives ou réglementaires ont organisé des procédures particulières, toute décision administrative peut faire l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours de ce délai ; que les dispositions précitées du code de l'urbanisme, qui limitent le délai pendant lequel une autorisation de construire peut être retirée, spontanément ou à la demande d'un tiers, par l'autorité qui l'a délivrée, n'ont ni pour objet ni pour effet de faire obstacle, d'une part, à ce que le représentant de l'Etat puisse former un recours gracieux, jusqu'à l'expiration du délai dont il dispose pour déférer un tel acte au tribunal administratif, et d'autre part à ce que le cours de ce délai soit interrompu par ce recours gracieux ; que d'ailleurs, alors même que le délai de trois mois fixé par l'article L. 424-5 du code de l'urbanisme serait arrivé à son terme, un tel recours n'est pas dépourvu d'utilité, soit que l'auteur de l'acte litigieux justifie de la légalité de celui-ci, soit que son bénéficiaire sollicite son retrait au profit d'une nouvelle décision légalement prise»

Commentaire :

Demander l'impossible peut avoir des effets juridiques. Telle est la solution arrêtée par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 5 mai 2011, Ministre d'Etat, ministre de l'écologie.

Cette affaire concerne un permis de construire explicite délivré le 22 décembre 2008 qui a fait l'objet d'un recours gracieux du préfet reçu le 6 avril 2009 par le maire, soit dans les deux mois de la transmission de l'acte au représentant de l'Etat mais plus de trois mois après sa signature. Ce recours administratif a été rejeté.

Le préfet a exercé un déféré, mais le juge des référés de la Cour administrative d'appel a estimé que le déféré était tardif et irrecevable. Le Conseil d'Etat annule l'ordonnance du juge des référés de la Cour.

La question tranchée par le Conseil d'Etat portait sur le caractère tardif du déféré. Le préfet pouvait-il faire un recours gracieux conservant le délai du recours plus de trois mois après l'édition de l'acte, c'est-à-dire quand le permis de construire ne pouvait plus être retiré ?

Le Conseil d'Etat répond positivement. Il base sa solution sur le fait que, sauf si la loi ou le règlement ont organisé une procédure particulière, un recours gracieux ou hiérarchique est toujours possible, s'il est exercé dans le délai du recours contentieux, et il interrompt le cours de ce délai. Le Conseil d'Etat reprend ainsi la solution classique alors même que l'autorité compétente à laquelle le recours est adressé ne sera pas libre de retirer l'acte. La garantie que représente la possibilité d'un recours administratif prend un nouvel aspect puisqu'elle peut se réduire à une simple prorogation du délai de recours contentieux, l'autorité administrative ne commettant aucune illégalité en refusant de retirer l'acte créateur de droits illégal hors du délai de retrait.

Le fondement juridique de l'arrêt est le droit à un recours administratif prorogeant le délai de recours contentieux, mais le Conseil d'Etat ajoute, cette fois au titre des conseils pratiques et non de la justification juridique, que le recours administratif, hors délai de retrait, n'est pas dépourvu d'utilité puisque d'une part l'autorité compétente peut répondre au recours en justifiant la légalité de son acte, et que d'autre part le bénéficiaire de l'acte peut solliciter de cette même autorité administrative le retrait de l'acte au profit d'une décision légale. Le recours administratif peut donc avoir pour effet d'éviter le contentieux et c'est peut-être là la véritable raison de la solution donnée par le Conseil d'Etat.

Si le Conseil d'Etat admet la conservation du délai de recours contentieux par un recours administratif qui ne peut avoir d'effet direct, c'est pour permettre la recherche d'une solution non contentieuse.

I. La conservation du délai de recours contentieux contre les actes créateurs de droits par des recours administratifs impuissants

Le délai du recours contentieux peut être prorogé par un recours administratif impuissant à aboutir au retrait de l'acte. Cette solution concerne la plupart des actes créateurs de droits.

A. L'absence de lien entre délai de retrait et computation du délai de recours contentieux

Un recours administratif exercé dans le délai du recours contentieux, qui tend au retrait (ou à la modification) d'un acte créateur de droits illégal, ne permet pas à l'administration de décider de retirer son acte si le délai de retrait est expiré. Cette solution s'applique aussi au préfet bien que la Constitution le charge de contrôler l'administration locale. Le Conseil d'Etat aligne en effet très généralement les règles concernant les recours du préfet sur celles applicables aux recours des administrés ordinaires.

Mais le Conseil d'Etat décide que l'impossibilité de retrait n'a aucune incidence sur les règles de délais propres aux recours administratifs. Ceux-ci peuvent être faits dans le délai du recours contentieux et ils interrompent le cours du délai du recours contentieux. Dans le cas d'espèce, la transmission du permis de construire au préfet plus de trois mois après sa signature, c'est-à-dire après le délai de retrait, n'empêche nullement cette autorité d'exercer un recours gracieux qui proroge le délai du recours contentieux.

L'apport du Conseil d'Etat est de décider que le recours administratif conserve des effets juridiques même quand le délai de retrait est expiré, alors qu'a priori un tel recours semble inutile. La doctrine avait d'ailleurs cru impossible l'exercice du recours administratif qui ne peut aboutir à un retrait. Cette idée était d'autant plus facile à admettre qu'elle semblait correspondre à la volonté du Conseil d'Etat de stabiliser au plus vite la situation des bénéficiaires d'actes créateurs de droits, volonté manifestée dans l'arrêt Ternon et partagée par le législateur.

B. La fragilisation des actes créateurs de droits

L'arrêt du Conseil d'Etat fragilise les actes individuels créateurs de droits en permettant la prorogation du délai de recours contentieux quand le recours administratif est tenté par un tiers après l'expiration du délai de retrait. Les règles qui avaient fixé un délai de retrait pour les actes créateurs de droits perdent un peu de leur intérêt.

Une telle limite temporelle au retrait a d'abord été prévue par l'article 23 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations qui permet le retrait des actes implicites illégaux, qui n'ont pas fait l'objet de mesures de publicité, pendant deux mois à compter de la date de la décision puis pendant la durée du contentieux éventuel. La loi traite également le cas des décisions implicites qui ont fait l'objet de mesures d'information des tiers mais la jurisprudence fixée par l'arrêt du 5 mai 2011 ne concerne pas ce type de décisions car le délai de retrait correspond au délai pendant lequel la décision peut être annulée par le juge. Enfin cette loi de 2000 ne prévoit pas la demande de retrait par le bénéficiaire, mais elle ne l'exclut pas et cette possibilité pourra être utilisée comme le Conseil d'Etat le préconise dans son arrêt.

Les actes explicites illégaux créateurs de droits répondent, quant à eux, au régime de retrait posé par l'arrêt Ternon. Sauf textes particuliers, ils ne peuvent plus être retirés passé le délai de quatre mois à partir de leur signature, sauf s'il y a eu fraude, ou sauf demande du bénéficiaire de l'acte.

Des dispositions particulières, concernant le retrait d'actes créateurs de droits dans le domaine de l'urbanisme, sont prévues par l'article 6 de la loi du 13 juillet 2006 d'engagement national pour le logement codifié à l'article L424-5 du code de l'urbanisme. Les permis de construire, d'aménager et de démolir, qu'ils soient tacites ou explicites, ne peuvent être retirés que s'ils sont illégaux et dans le délai de trois mois à compter de la date de la décision. Passé ce délai, le permis ne peut être retiré que sur demande explicite de son bénéficiaire. C'est cette loi qui s'applique en l'espèce. Le fait que ce soit le législateur lui-même qui ait voulu sécuriser au plus vite de tels titres, n'a pas refréné le Conseil d'Etat.

II. La recherche d'une solution non contentieuse

L'intérêt du recours administratif, adressé hors du délai de retrait et qui ne peut aboutir, est d'alerter l'administration, ainsi que le bénéficiaire en matière d'urbanisme, et de déclencher de nouveau le cours du délai de recours contentieux leur donnant ainsi le temps de trouver une solution non contentieuse.

Le Conseil d'Etat indique notamment que le bénéficiaire peut solliciter le retrait de l'acte, et c'est l'occasion pour lui d'illustrer sa jurisprudence récente sur les demandes de retrait par les bénéficiaires.

A. L'appel à une administration réactive

Le Conseil d'Etat précise:

«d'ailleurs [...] un tel recours n'est pas dépourvu d'utilité, soit que l'auteur de l'acte litigieux justifie de la légalité de celui-ci, soit que son bénéficiaire sollicite son retrait au profit d'une nouvelle décision légalement prise ».

Le terme « d'ailleurs » indique que le Conseil d'Etat donne une explication supplémentaire et fait œuvre de pédagogue.

Le recours administratif peut avoir des effets indirects s'il débouche sur une demande de retrait par le bénéficiaire au profit d'une décision légale, ou si l'administration rejette expressément le recours en démontrant la légalité de l'acte. Dans les deux cas le contentieux est évité. Mais ces solutions ne sont pas toujours applicables, par exemple le retour à la légalité sur demande du bénéficiaire n'est pas toujours possible.

Les administrations qui se trouvent dans de telles situations ont généralement tardé à transmettre au préfet, ou à publier, l'acte créateur de droits, elles ont été peu diligentes et sont invitées par le Conseil d'Etat à se montrer ensuite plus actives. Le bénéficiaire de l'acte créateur de droits doit pouvoir être informé du recours administratif par l'administration et doit éventuellement être incité à demander le retrait de l'acte si celui-ci est illégal. Dans le cas où l'administration a des arguments en faveur de la légalité de l'acte, elle doit les produire rapidement. Le premier impératif

étant que l'administration se persuade qu'il est de son devoir d'agir pour aider les administrés. Elle doit s'organiser pour répondre au mieux aux recours, et ne pas hésiter à travailler de concert tant avec le pétitionnaire qu'avec le bénéficiaire. C'est à cette condition que le recours administratif pourra être une alternative au contentieux. En pratique tout est à faire ou presque en matière de réaction aux recours administratifs.

L'utilité d'un temps étiré par la prorogation du délai de recours contentieux est qu'une solution pourra être cherchée. Il est vrai pourtant que la justification de la légalité de l'acte ou que la demande de retrait par le bénéficiaire pourraient encore être effectuées passé le délai du recours contentieux, mais le Conseil d'Etat cherche à ce que la justice ne soit pas saisie. Juguler le flot des recours au juge est un souci constant de la haute juridiction. L'arrêt s'explique en partie par l'optimisme du Conseil d'Etat qui pense qu'un jour l'administration sera réactive et que ce jour là il ne faut pas que des possibilités de recours à une telle administration, attentive aux besoins des administrés, aient été fermées.

Le Conseil d'Etat appelle l'administration à une révolution et il n'y a aucune raison d'ailleurs pour que cet effort se limite aux recours contre les actes créateurs de droits.

B. L'illustration de la jurisprudence sur les demandes de retrait par le bénéficiaire

En mentionnant que le recours administratif exercé hors du délai contentieux peut être utile si le bénéficiaire sollicite le retrait de l'acte au profit d'une nouvelle décision légalement prise, le Conseil d'Etat ne fait que donner un exemple d'application de la jurisprudence qu'il a forgée dans son arrêt du 26 septembre 2007.

Il y est écrit: « en vertu des règles générales applicables au retrait des actes administratifs, l'auteur d'une décision individuelle expresse créatrice de droits ne peut légalement la rapporter, à la condition que cette décision soit elle-même illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la date à laquelle elle a été prise ; qu'en dehors de cette hypothèse, l'auteur de la décision peut procéder à son retrait, pour lui substituer une décision plus

favorable, lorsque le retrait est sollicité par le bénéficiaire de cette décision et qu'il n'est pas susceptible de porter atteinte aux droits des tiers ; que lorsque ces conditions sont réunies, l'auteur de la décision, saisi d'une demande de retrait par le bénéficiaire, apprécie, sous le contrôle du juge, s'il peut procéder ou non à son retrait, compte tenu de l'intérêt tant de celui qui l'a saisi que de celui du service».

Passé le délai de retrait, l'administration n'a pas l'obligation de retirer l'acte illégal si le bénéficiaire le lui demande même si le retrait lui serait favorable et ne porterait pas atteinte aux droits des tiers, car elle doit tenir compte non seulement des intérêts du demandeur mais également des siens propres.

Mais pour l'acte non définitif menacé d'une demande d'annulation il est dans l'intérêt de l'administration de le retirer, et le bénéficiaire a également intérêt à obtenir si c'est possible un autre titre légal le plus vite possible. Le refus de retrait de l'administration serait sans doute illégal.

Lorsque l'autorité administrative décide d'opérer un retrait au profit d'une décision légale, elle doit veiller à prendre un acte conforme à la volonté du bénéficiaire car celui-ci a droit au maintien de l'acte par l'administration. L'administration apprécie si elle retire ou pas l'acte illégal, mais si elle le retire elle ne peut le faire que dans les conditions fixées par le bénéficiaire et sous réserve bien sûr que le nouvel acte soit légal.

Dans le cas où le retour à la légalité n'est pas possible, le retrait ne sera généralement pas une solution avantageuse pour le bénéficiaire. Mais tout dépend des circonstances. Parfois seront pris en compte des risques ou inconvénients attachés au maintien de la situation illégale et le retrait sera demandé. D'autres fois au contraire le bénéficiaire peut convaincre celui qui a fait le recours de ne pas aller au contentieux, et il ne demandera pas le retrait ; mais si c'est le préfet qui a exercé le recours administratif, il y a peu de chances qu'il renonce au déféré.